



ASPECTOS FUNDAMENTAIS DAS MEDIDAS LIMINARES NO PROCESSO CAUTELAR*

*Artigo Publicado na Revista Jurídica nº. 263

Márcio Louzada Carpena

Mestre em Direito Processual Civil

Professor de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da PUC/RS

Advogado em Porto Alegre e Brasília

Sumário: 1. Considerações gerais e conceito. 2. Objetivo e eficácia. 3. Pressupostos à liminar pleiteada. 3.1. O fumus boni juris. 3.2. O periculum in mora. 4. Periculum in verso e concessão de liminar. 5. Cognição sumária. 6. Fundamentação do despacho que (in)deferre a liminar. 7. Contracautela: justificação e/ou caução. Liminares contra o Poder Público.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS E CONCEITO:

Antes de adentrar nos aspectos fundamentais das medidas liminares no processo cautelar, cabe consignar que este, ao contrário do que pensam equivocadamente alguns, não restou, de forma alguma, afastado ou prejudicado do nosso sistema jurídico pelo fato de ter sido instituído, através dos arts. 273 e 461 do diploma processual, a figur a da tutela antecipada.

A tutela antecipada, positivada nestes artigos acima citados, jamais se confundiu com o processo cautelar referido no livro III do Código de Processo Civil. Naquela se busca o recebimento parcial ou total da tutela pretendida no p edido inicial principal (bem da vida), antes de proferida a sentença de mérito, quando existir prova inequívoca, a ponto de convencer o julgador da verossimilhança da alegação e: a) houver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou, b) estiver manifesto o abuso do direito de defesa ou o propósito protelatório do réu. Já nesta (tutela cautelar) não se busca o deferimento da antecipação da tutela pretendida na lide principal (bem da vida), mas tão somente, um mandamento que assegure o resultado útil e eficaz da decisão a ser proferida neste processo satisfativo; ingressa-se com a ação cautelar sempre que haja fundado receio de que fatos ou atos poderão prejudicar o correto desenrolar ou utilidade do feito.



O que diferencia a tutela cautelar da tutela antecipada (1) principalmente é, em resumo, o fato de na cautelar se buscar "medidas" para se efetivar e assegurar que o processo principal (que busca o bem da vida) não tenha um resultado inútil ou inócuo; enquanto que na tutela antecipada o que se busca é, justamente, o bem da vida pleiteado no processo principal, só que antecipadamente baseado em determinada situação fática que assim recomenda. O pedido da tutela antecipada será sempre o mesmo pedido do processo principal, só que com pretensão antecipada (2) (3) (antes da sentença); já o pedido da lide cautelar será sempre diverso, eis que meramente acautelatório daquele.

O processo cautelar revela-se como atividade auxiliar e subsidiária que visa assegurar as duas outras funções principais da jurisdição – conhecimento e execução. A sua característica mais marcante é a de dar instrumentalidade ao processo principal (4), cujo êxito procura garantir e tutelar. Já a tutela antecipatória do art. 273 do CPC, deferida em ação de conhecimento, tem como característica a antecipação do resultado que somente seria alcançado com a decisão de mérito transitada em julgado (5).

Fixadas estas considerações, passamos a analisar as liminares propriamente ditas, em sede de processo cautelar.

A medida liminar pode ser conceituada como o provimento administrativo cautelar, pelo qual deve (e não pode) o julgador sempre que verificar a existência de elementos inerentes à urgência, verossimilhança do direito alegado e o perigo na demora, deferir o pleito requerido pela parte autora antes da citação do seu adversário.

O deferimento de medida liminar não é ato discricionário do juiz; é sim ato vinculado. Estando presentes os pressupostos da medida in limine não é dado ao magistrado indeferi-la, podendo, no máximo, exigir como contracautela a devida caução. Aliás, percuciente o Min. Athos Gusmão Carneiro ao lecionar: "...neste ensejo, que as liminares são concedidas ou denegadas. Não ao "prudente arbítrio do Juiz" ou pela maior ou menor liberdade pessoal do Julgador, ou por que simpatize ou não simpatize com as teses ou com as idéias preconizadas pelo impetrante, mas sim serão concedidas quando claramente se compuserem ambos os pressupostos legais, e serão denegadas quando tais pressupostos não ocorrerem com a suficiente clareza" (6).



Considera-se liminar somente aquela medida concedida antes da oitiva da parte adversa, inaudita altera parte, e não, simplesmente, a concedida antes do pronunciamento por via sentencial. A liminar se caracteriza pelo momento cronológico em que se dá, no início (initio litis), ou seja, ainda sem o estabelecimento da bilateralidade, sem que isto configure quebra ao princípio do contraditório, pois este se dará a posteriori. Se for deferida a medida pleiteada após a ocorrência da manifestação da parte contrária não estaremos mais diante de uma decisão liminar em tese, mais sim em frente a uma antecipação de pleito feito na lide acautelatória do processo principal.

Com propriedade salienta Adroaldo Furtado Fabrício que "no sentido dos dicionários leigos, liminar é tudo aquilo que se situa no início, na porta, no limiar. Em linguagem processual, a palavra designa o provimento judicial emitido in limine litis, no momento mesmo em que o processo se instaura. A identificação da categoria não se faz pelo conteúdo, função ou natureza, mas pelo momento da prolação. (...) Rigorosamente, liminar é só o provimento que se emite inaudita altera parte, antes de qualquer manifestação do demandado e até mesmo antes de sua citação. Não é outra a constatação que se extrai dos próprios textos legais que, em numerosas passagens, autorizam o juiz a decidir liminarmente ou após justificção. Certo é, entretanto, que se tem usado, sem maiores inconvenientes e sem prejuízo da clareza de idéias, a designação de liminar também para os provimentos judiciais proferidos após justificção, na qual se tenha inclusive ouvido o demandado. O que não se pode tolerar é o alargamento do conceito até o ponto de confundir com liminar toda e qualquer providência judicial antecipatória, isto é, anterior à sentença." (7)

A natureza jurídica da medida initio litis é irrefutavelmente o acautelamento duplo. Acautelamento da própria ação cautelar, uma vez que a liminar vem a garantir que ela tenha o resultado útil desejado; e, acautelamento da lide principal, já que a liminar efetivando a prestação cautelar, estará indiretamente contribuindo para o acautelando deste. Em análise sucessiva pode-se afirmar que a natureza da liminar é tutelar o processo cautelar, que por sua vez visa tutelar o processo principal satisfativo.

2. OBJETIVO E EFICÁCIA :



A liminar tem o objetivo de evitar que ocorra determinada situação ou fato que ponha em perigo iminente o direito a boa prestação jurisdicional. Assim como a cautelar, a liminar nela intrínseca, visa garantir o direito ao resultado útil do processo principal e não efetivar direito material da parte requerente.

Sempre que a audiência da parte adversa levar a frustrar a própria finalidade do processo cautelar, pois daria a possibilidade do requerido, justamente tendo ciência da ação, acelerar a realização do ato temido; ou, que o decurso do tempo, per se, for suficiente para baldar a utilidade da ação, cabível se apresenta o deferimento da medida inaudita altera parte, exatamente, para evitar que isto ocorra.

Nesse sentir, bem menciona de forma pertinente Antonio Vidal Vasconcelos que a liminar se condiciona a estas hipóteses, ou melhor, "sua concessão está condicionada à aferição, pelo Juiz, da ocorrência de uma situação fatural perfeitamente previsível: "o tempo gasto com a citação do requerido será, por si só, elemento a comprometer a eficácia da medida reclamada", ou, ainda, que as circunstâncias conjunturais evidenciam na conduta danosa da parte contrária um grave prejuízo ao bem de vida que será afetado na lide principal." (8)

É no art. 804 do CPC que se vislumbra a possibilidade de concessão liminar para bem de garantir o bom e justo resultado a lide principal através de medida auxiliar e acautelatória, sem a qual certamente, não raras vezes, teríamos de cisões inócuas e meramente emolduráveis. Todavia, em que pese a boa intenção do legislador ao positivar dito dispositivo, muito infeliz se apresentou a redação lhe atribuída. Veja que ao formular que "é lícito ao juiz conceder liminarmente a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este sendo citado poderá torná-la ineficaz" dá a entender, desastrosamente, que somente cabe medida liminar quando houver temor de que a parte adversa possa frustrar a medida tomando ciência dela, o que, de fato, é equivocado, pois, a liminar não fica limitada somente a esta circunstância. Na realidade, o art. 804 CPC não pode ser encarado como uma norma de caráter fechado e exaustivo, mas sim aberto e exemplificativo.

Com efeito, o que interessa para que seja deferido o pleito in limine é a presença dos pressupostos, *fumus boni juris* e *periculum in mora*, com análise contrabalanceada do *periculum in inverso*. Note que o fato "da parte adversa poder frustrar a medida



se dela tomar conhecimento antes de ser efetivada", nada mais é do que uma hipótese de possibilidade de concessão de ordem mandamental inaudita altera parte, justamente por ter -se aí uma situação de periculum in mora, e não uma condição sine qua nom para deferimento liminar. Se assim não fosse, por certo que todas as medidas de caráter urgente que não pudessem ser frustradas ante a oitiva da parte adversa, como por exemplo alimentos provisórios descontados na fonte, por evidente que não poderiam ser concedidos liminarmente, o que, não raras vezes, ocasionaria situações esdrúxulas e até teratológicas. Outro exemplo que pode ser dado é o da busca e apreensão de obra literária usurpada ou contrafandada, onde se pede a ordem mandamental de se buscar e apreender os exemplares na livrarias, antes da oitiva da parte adversa (in limine) não pelo fato dela poder frustrar a medida, mas sim para evitar, imediatamente, que persista a venda dos mesmos ao consumidor. Ainda, para não deixar qualquer dúvida, cite -se a ação cautelar de sustação de protesto, onde a medida também é geralmente deferida antes da oitiva da parte adversa para evitar o prejuízo iminente ao comerciante que teve título protestado, a princípio injustamente, e não por causa da atuação da parte requerida.

Ora, a idéia de que para o deferimento da liminar ficar-se-ia vinculado obrigatoriamente a uma atitude temerária da parte requerida objetivando frustrá -la padece de qualquer razoabilidade e vai contra todas perspectivas teleológicas do processo acautelatório. A liminar, como instrumento de efetivação do processo cautelar, há de ser deferida sempre que ocorrer a presença dos dois elementos autorizadores de sua concessão, aliando -se é claro a idéia de periculum in verso, sendo, portanto, incompatível com o escopo deste tipo de processo qualquer exigência além destes elementos. A impropriedade técnica do art. 804 é evidente, pois a disposição ali contida não encontra guarida em inúmeros casos em que se percebe a necessidade da medida. Não encontra respaldo em boa eiva técnica o legislador esmiuçar no dispositivo legal determinada situação, como é o caso da norma sob análise, já que isto pode e geralmente leva a um desvirtuamento do espírito legislativo, no sentido de limitá-la as palavras do texto, em prejuízo de sua idéia.

Voltando propriamente ao objetivo da medida inaudita altera parte, é conveniente expor que a importância de tal instituto é tamanha que, em diversos casos, somente através dele é que consegue o demandante evitar o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Exemplo claro que pode ser mencionado é o do arresto deferido in limine, pedido pelo credor com título líquido e certo, no sentido de restringir os únicos bens do



devedor que estão sendo remetidos, exatamente naquele momento, ao exterior para frustrar a execução. Veja que a situação é de tal urgência que presente a fumaça do bom direito e o perigo da demora, defere o julgador a medida, antes do estabelecimento do contraditório (inaudita altera parte), até por que se fosse esperar isto ocorrer, por certo que a cautelar já não seria mais útil, já que os bens estariam provavelmente em lugar bem distante, longe do alcance do exeqüente.

A eficácia da medida cautelar pode, e geralmente está, composta na própria e pura liminar, pois, é ela o procedimento principal que vai garantir o verdadeiro objetivo a que a ação se propôs, assegurar o resultado útil da lide principal.

Todavia, isto não quer dizer que sendo deferida ou não a medida deva o processo ser extinto, muito pelo contrário, qualquer manifestação a respeito não prejudica o prosseguimento da ação, nem tampouco a prejudica, conforme se verificará adiante.

O deferimento liminar da medida cautelar não retira o caráter contraditório da ação. Cumprida a diligência inaudita altera parte, seguirá, incontenti, a citação do réu, prosseguindo com o curso da ação cautelar, normalmente, até culminar com uma sentença que poderá confirmar a medida liminarmente deferida ou revogá-la, caso reste demonstrado seu descabimento. (9)

Para a concessão in initio litis fica o juiz adstrito a sua plena convicção, no entanto, como já se salientou acima, o ato de deferimento é vinculado a existência dos requisitos, não podendo o julgador deles se afastar. É claro que a análise destes entrarão no campo da subjetividade, contudo não poderão ultrapassar a fronteira mínima da razoabilidade.

3. PRESSUPOSTOS À LIMINAR PLEITEADA: FUMUS BONI JURIS E PERICULUM IN MORA

Assim como nas cautelares, no caso específico das liminares, mister é para sua procedência, a presença dos seus pressupostos autorizadores de sua efetivação, quais sejam: periculum in mora e fumus boni juris. (10) (11).



A presença deles é matéria de mérito da demanda cautelar e somente será analisada no início da lide, sob a forma de cognição sumária, se existir requerimento de medida liminar (12). Para deferimento desta imprescindível é a presença latente destes dois requisitos (13). Se não estiverem aparentemente consubstanciados, é claro que isto não leva a crer que a ação é improcedente (até por que no decorrer da instrução poderão estes ser provados), mas sim que, momentaneamente, não é permitida a concessão da tutela antes da oitiva da parte adversa, por insuficiência de amparo e segurança para tal provimento.

Por outro lado, a aparente existência de *fumus* e de *periculum* a ponto de autorizar a liminar também não condiciona a ação à procedência, vez que com o estabelecimento do contraditório e com o decorrer da instrução poderá se provar a inexistência de algum destes, o que fadaria a demanda ao irremediável insucesso.

Seja como for, o deferimento ou não da medida não prejudica a lide, que no seu mérito, após dilação probatória, deverá ser julgada de acordo com a presença dos requisitos, improcedente ou procedente, naquele caso revogando a medida liminar se tiver sido deferida; e neste, confirmando a liminar dada ou concedendo definitivamente se ainda não deferida.

Por fim, pode-se afirmar que os pressupostos da liminar são os mesmos da cautelar, só que para deferimento daquela imprescindível é a presença aparente deles já no início da lide, ao passo que para a procedência desta (ação cautelar), basta que até o momento em que for prolatada a sentença tenha se provado a sua existência (14).

Se é verdade que a presença da fumaça do bom direito e o perigo da demora são requisitos que permitem a procedência da interposição de ação assecuratória da lide satisfativa; verdade também é que, pela cognição sumária, estando estes presentes, autorizado e vinculado estará o magistrado a deferir a medida *initio litis*, desde que a parte assim tenha requerido.

Vejamos cada elemento mais detalhadamente:

3.1. O *fumus boni juris*



O *fumus boni juris* significa fumaça de bom direito, ou seja, a probabilidade de exercício presente ou futuro do direito de ação, pela ocorrência da plausibilidade, verossimilhança, do direito material posto em jogo.

A fumaça do bom direito tem que ser apenas verossímil, provável, não há a necessidade de demonstrar que o direito existe, nem o julgador deve se entreter, a princípio, em buscá-lo, bastando uma mera probabilidade. No entanto, a parte tem que apresentar, no mínimo, indícios daquilo que afirma para bem merecer a tutela pretendida; vale dizer, simples alegações de direito e fatos não comprovados nos autos não demonstram o *fumus boni juris* nem tampouco comportam o julgamento procedente da demanda.

Neste sentir, oportuna são as palavras de Victor Bomfim Marins de que "o juízo de probabilidade ou verossimilhança que o juiz deve fazer para a constatação do direito aparente é suficiente para o deferimento ou não do pedido de cautela. Havendo, portanto, a aparência do direito afirmado e que será discutido no processo principal, mesmo que os elementos comprobatórios apontem na direção da existência de direito líquido e certo, eles não poderão ultrapassar, na formação da convicção do juiz, o limite da aparência. Ao juiz é vedado ultrapassar de seu campo de atuação no processo cautelar, limitado, no particular, à verificação do *fumus boni juris* (15)".

Determinada corrente doutrinária, dentre ela Humberto Theodoro Júnior e Ronaldo Cunha Campos, afirma com convicção que o *fumus boni juris* deve, na verdade, corresponder, não propriamente a probabilidade de existência do direito material - pois qualquer exame a respeito só é próprio da ação principal -, mas sim a verificação efetiva de que, realmente, a parte dispõe do direito de ação, direito ao processo principal a ser tutelado (16).

Salvo melhor juízo, não comungamos deste entendimento. Veja que o que se pretende com a ação cautelar é tutelar o direito ao processo e não ao direito material da parte; no entanto, isto não significa que em nome daquele não deva ocorrer nenhuma análise deste, ainda que sumária, para deferimento da medida.

Ora, para verificação da existência dos requisitos autorizadores da medida cautelar e liminar, dentre eles o elemento sob exame, há de haver sim, obrigatoriamente, uma



análise, ainda que superficial, da probabilidade do direito material em espécie; pois, se assim não for, chegar-se-á a conclusão de que o *fumus boni juris* reside no fato de verificar-se apenas o direito a ação, traduzido pelas suas simples condições, o que por evidente é equivocado, pois estas, de forma alguma por si só configuram a ocorrência da fumaça do bom direito.

Na investigação do *fumus boni juris* se verificará o direito material para se ver se há a plausibilidade do direito invocado ou não. É impossível desvirtuar-se tutela ao processo de tutela ao direito substantivo. O que não se pode confundir é que a ação cautelar visa assegurar o direito processual e não material, e não que está autorizado a inobservância deste para deferir medida para proteger aquele, até por que isto conduziria a situações, na prática, esdrúxulas e teratológicas. A plausibilidade do direito alegado se encontra no direito substancial e não só no direito de ação podendo ser utilizado a partir do preenchimento de suas condições. Para bem de melhor elucidar a questão cite-se, por exemplo, a excepcionalidade da "Ação Cautelar Inominada para dar efeito suspensivo a recurso que não tem", onde, simplesmente impossível deferir ou não a liminar sem verificar-se a possibilidade, plausibilidade, de procedência do recurso interposto, o que de fato é pura e simples avaliação de direito material, sendo plenamente insuficiente a singela verificação das condições da ação, eis que, ainda que presentes, não deverá ser concedido o efeito suspensivo se o conteúdo do recurso não tiver condições de obter o mínimo êxito. A plausibilidade do direito alegado, in casu, reside justamente na possibilidade, ao menos aparente, do recurso ser provido.

Como bem salienta Willard de Castro "para a providência cautelar basta que a aparência do direito apareça verossímil, basta que, segundo um cálculo de probabilidades, se possa prever que a providência principal declarará o direito em sentido favorável aquele que solicita a medida cautelar" (17) logo, tem-se que se trata de análise de direito substancial e não mera verificação de direito de ação, já que este, por si só, não se é capaz de verificar a probabilidade de procedência da demanda principal intentada.

Da mesma forma Liebman (18) leciona que este requisito se apresenta através da verificação de "uma provável existência de direito" a ser acautelado no processo principal, o que, com efeito, exige uma análise do direito material do caso em espécie, ainda que sumária.



Pode-se concluir que o *fumus boni juris* leva em consideração a existência de um direito ao processo a partir de uma análise rápida sobre o direito material. Aqui considera-se apenas a verossimilhança, em sede de *sumaria cognitio*, somente se apr ofundando no âmbito do direito acautelado em sede do feito principal já existente ou então a ser instaurado.

Bem observa Galeno Lacerda que se o autor satisfaz as três condições e se sua pretensão apresenta-se revestida de aparência de direito, o pedido merece provimento. Trata-se porém de juízo provisório, que não representa prejulgamento definitivo da demanda principal. E nisto reside, precisamente, a característica do mérito da sentença cautelar: em ser juízo de mera verossimilhança dos fatos. Nesse sentido, distingue-se da sentença de conhecimento, que é juízo de realidade e certeza. (19)

Havendo demonstração na inicial e comprovação, através das provas produzidas na instrução, da plausibilidade do direito podemos dizer que parte do mérito da cautelar está definido, faltando apenas a averiguação do segundo requisito, *periculum in mora*, para que a decisão possa ser proferida.

3.2. O *periculum in mora*

Já o *periculum in mora* significa o fundado temor de que enquanto se aguarda a tutela definitiva, venham a ocorrer fatos que prejudiquem a apreciação da ação principal ou frustrem sua execução. Segundo Lopes da Costa o dano deve ser provável, não basta a possibilidade, a eventualidade. Possível é tudo na contingência das cousas criadas, sujeitas a interferência das forças naturais e da vontade dos homens. O possível abrange até mesmo o que rarissimamente acontece. Dentro dele cabem as mais abstratas e longínquas hipóteses. A probabilidade é o que, de regra, se consegue alcançar na previsão. Já não é um estado de consciência, vago, indeciso, entre afirmar e negar, indiferentemente. Já caminha na direção da certeza. Já para ela propende, apoiado nas regras de experiência comum ou de experiência técnica. (20)

Da mesma forma considerou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (21) quando definiu que "a expressão "fundado receio" significa o receio baseado em fatos positivos, que possam inspirar, em qualquer pessoa sensata, medo de ser prejudicada. É certo que a demonstração do receio não é exigida somente no sentido subjetivo, com relação a



opinião e pensar do litigante. O medo é fenômeno psíquico relativo que resulta de fatos e circunstâncias vários."

Sempre que se verificar perigo iminente de dano por perecimento, desvio, destruição, deterioração, mutação ou prejuízo de bens (coisas) ou provas a ponto de prejudicar a provável manifestação no processo principal presente estará o *periculum in mora*.

O perigo de dano refere-se, portanto ao interesse processual em obter uma justa composição do litígio, seja em favor de uma ou de outra parte, o que não se poderá ser alcançado caso se concretize o dano temido. (22)

Convém salientar que o *periculum in mora* não se refere especialmente à período temporal, embora com ele tenha ligação. Não é só o perigo de retardamento da prestação jurisdicional, até por que esta jamais poderá ser instantânea, frente a própria natureza da atuação jurisdicional que enseja tempo, (colheita de provas, contraditório, perícias, recursos, impugnações), mas sim o perigo de dano frente a uma situação periclitante que, face a seu caráter, faz jus ao recebimento de tutela acautelatória para bem de evitar prejuízo grave ou de difícil reparação.

O *periculum in mora* se liga à questão de perigo iminente; o requerente encontra-se frente a circunstância tal que, pelo simples fato de esperar o procedimento normal da jurisdição, o processo principal já não terá mais o resultado útil desejado, sofrendo a parte com lesão grave, muitas vezes de difícil ou até mesmo impossível reparação.

Muito bem observa o mestre Ovídio Baptista da Silva: "Não é propriamente, como pensava Chiovenda, o perigo de retardamento da prestação jurisdicional que justifica a ação cautelar. É o perigo em si mesmo, referido à possibilidade de uma perda, sacrifício ou privação de um interesse juridicamente relevante e não o perigo de um retardamento na prestação jurisdicional." (23)

4. PERICULUM IN VERSO E CONCESSÃO DE LIMINAR:



Por certo que o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* são fatores indispensáveis para o deferimento da liminar, todavia, outro elemento também há de ser levado em consideração para ter-se certeza da procedência da ordem mandamental, qual seja, o imperativo e criterioso *periculum in inverso*, que nada mais é do que a verificação da possibilidade de deferimento da liminar causar mais dano à parte requerida do que visa evitar a requerente.

Refere bem Athos Gusmão Carneiro:

"Em suma, por vezes a concessão de liminar poderá ser mais gravosa ao réu que, do que a não concessão ao autor. Portanto, tudo aconselha ao magistrado perquirir sobre o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* e também sobre a proporcionalidade entre o dano invocado pelo impetrante e o dano que poderá sofrer o impetrado (de modo geral, o réu nas ações cautelares)". (24)

A análise do *periculum in verso* é fundamental para a concessão da cautela, sendo que, poderá ser fator impeditivo para que isto ocorra se se mostrar axiologicamente superior aos dois pressupostos que, em tese, a autorizariam. Trata-se de questão de bom senso. Nenhum magistrado deferirá uma medida *initio litis* se averiguar que os efeitos de sua concessão poderá causar danos nefastos e deverás mais violentos do que visa evitar.

5. COGNIÇÃO SUMÁRIA

O processo cautelar desenvolve-se, inexoravelmente, sob a cognição sumária, pois, diante da natureza e do objetivo do mesmo, forma diversa não poderia ser sequer cogitada. Pela própria natureza de urgência do processo frente a situação perigosa e periclitante, indispensável se faz a sumarização, ressalvada pelos art. 801 à 804 do Código, para bem de podermos alcançar o seu objetivo. O processo busca de forma superficial vislumbrar não uma certeza completa, mas apenas a plausibilidade e verossimilhança do direito invocado (25), a ponto de merecer pronunciamento Estatal protetivo e acautelatório.

Com propriedade a lição de Ovídio Baptista da Silva ao enfatizar que a existência de cognição sumária, imposta pela natureza da tutela cautelar, insere-se



definitivamente na classe dos processos sumários, sob dois aspectos: a demanda cautelar é sumária não só sob o ponto e vista material, como, além disso, exige uma forma sumária de procedimento, por via do qual ela se haverá de realizar. Não se pode pensar em verdadeira tutela de simples segurança instrumentalizada através de um procedimento ordinário, pois a urgência é uma premissa constante e inalterável se todo o provimento cautelar (26).

A sumarização da lide cautelar encontra respaldo na própria auxiliaridade e instrumentalidade que este processo se dispõe. É da sua natureza. Se por acaso fosse retirada esta sua característica, sem dúvida, que de acautelatório não mais teria nada, equiparando -se, em última análise, a processo exaustivo de cognição, que por assim ser, impreterivelmente não consegue ser ágil, nem adstrito a situações protetivas de urgência.

A tutela sumária, de fato, não produz a coisa julgada material. Na sentença cautelar ou antecipatória o juiz nada declara, limitando -se, em casos de procedência, a afirmar a probabilidade de um direito e a ocorrência da situação de perigo, de modo que, proposta a "ação principal", e aprofundada a cognição do juiz sobre o direito afirmado, o enunciado de sentença sumária, que afirma a plausibilidade de existência de direito, poderá ser revisto, para que o juiz declare que o direito, que supunha existir, não existe. (27)

Sobre o tema, menciona Manoel Antonio Teixeira Filho que a finalidade do processo cautelar impetra, pois, um conhecimento judicial rápido, sumário, à respeito do perigo, não devendo o juiz impor à parte a prova do dano e sim levar em conta, com vistas a avaliação deste pressuposto, a probabilidade de um dano proveniente na demora na composição da lide. Nesse aspecto, portanto, o processo cautelar é caracterizado por uma *summa cognitio*, que tem por objeto os fatos concernentes ao risco de dano temido pelo requerente. A iminência do dano e a conseqüente urgência de que a parte necessita na obtenção da providência acautelatória justificam, plenamente, a sumariedade da apreciação dos fatos - mesmo que, ao final, o juiz venha a denegar a medida solicitada (28).

Resta ficar presente que pelo fato da medida ser urgente e o processo ser autônomo (de caráter auxiliar e temporário) e não fazer coisa julgada material, por certo que para ser deferida deverá analisar-se somente o juízo de probabilidade e verossimilhança, sendo impróprio que o juiz fique remoendo questões de "alta indagação" que poderão retardar a prestação jurisdicional e tornar a cautelar completamente inócua. Por tratar -se de juízo



decisório baseado em elementos de cognição sumária, ap arente, verifica-se, tão somente, a verossimilhança, plausibilidade consoante com o fumus boni juris e o periculum in mora, e caso presentes, defere-se a liminar podendo para tanto ad cautela, se necessário, exigir -se caução do requerente.

6. FUNDAMENTAÇÃO DO DESPACHO QUE (IN)DEFERE A LIMINAR

Para que não haja o desvirtuamento da examinada medida liminar, impõe -se que sua concessão seja sempre fundamentada, onde fique evidenciado o interesse premente a justificar sua concessão antes mesmo de instaurado o contraditório, com menção das eventuais ocorrências ou providências a serem tomadas, na conjuntura fática exposta e comprovada, pela parte oposta, em ordem a frustrar a finalidade da própria tutela cautelar. Que tudo isso resume no quadro postulatório e de sua correspondente decisão, para legitimar a providência jurisdicional e excepcional, não só do risco de dano ou lesão irreparável ao direito (fatos a serem examinados na sentença cautelar), mas de possibilidade de perecimento do próprio direito a ser resguardado para uma finalidade de possibilitar a existência, desenvolvimento ou resultado útil do processo principal. (29)

O despacho que concede a liminar necessita de fundamentação mínima e razoável (assim como aquele que indefere), sob pena de nulidade d a decisão. Não se esqueça do art. 93, inc. IX da CF/88, devendo o juiz manifestar o seu convencimento de forma ampla e prudente, demonstrando os fatos e argumentos que lhe levaram a alcançar tal concepção. No tocante ao tema, certa feita, se manifestou o STF: "a exigência de motivação dos atos jurisdicionais constitui, hoje, postulado constitucional inafastável, que traduz poderoso fator de limitação ao exercício do próprio poder estatal, além de configurar instrumento essencial de respeito e proteção às liberdades públicas. Com a constitucionalização desse dever jurídico imposto aos magistrados - e que antes era de extração meramente legal - dispensou-se aos jurisdicionados uma tutela processual significativamente mais intensa, não obstante idênticos os efeitos decorrentes de seu descumprimento: a nulidade insuperável e insanável da própria decisão. A importância jurídico-política do dever estatal de motivar as decisões judiciais constitui inquestionável garantia inerente à própria noção do Estado Democrático de Direito. Fator condicionante da própria validade dos atos decisórios, a exigência de fundamentação



dos pronunciamentos jurisdicionais reflete uma expressiva prerrogativa individual contra abusos eventualmente cometidos pelos órgãos do Poder Judiciário” (30)

Plenamente censurável, sendo digno de nulidade, se mostra a concessão de medida liminar com as famosas insuficientes fundamentações, tais como: "concedo a liminar por sua necessidade evidente" ou "concedo a liminar pleiteada pelas razões expostas na inicial" ou ainda "defiro a liminar diante da prova carreada aos autos", etc...

O pedido liminar nem tampouco o seu deferimento são obrigatórios dentro do processo cautelar, entretanto, uma vez requerido, sendo a medida deferida ou não, deve haver obrigatoriamente uma razoável fundamentação, pois é nesta oportunidade que a parte recebe, independente do resultado da decisão, a prestação jurisdicional completa.

Enrico Tullio Liebman (31) no que concerne ao assunto apreciou com precisão que "tem-se como exigência fundamental que os casos submetidos a juízo sejam julgados com base em fatos provados e com aplicação imparcial do direito vigente; e, para que se possa controlar se as coisas caminharam efetivamente dessa forma, é necessário que o juiz exponha qual o caminho lógico que percorreu para chegar à decisão a que chegou. Só assim a motivação poderá ser uma garantia contra o arbítrio..."

7. CONTRACAUTELA: JUSTIFICAÇÃO E/OU CAUÇÃO

A contracautela é a prudência de tomar-se medidas acautelatórias com fim teleológico de proteger-se aquele contra quem vai ser deferida a ordem mandamental sem sua oitiva. Se apresenta sob duas formas: justificação ou caução.

A justificação consiste, basicamente, em uma audiência marcada pelo julgador onde pretende firmar o seu juízo de convicção sobre a necessidade ou não da medida inaudita altera parte. Nesta audiência o juiz poderá ouvir o autor/requerente, testemunhas, peritos, enfim, poderá utilizar-se de todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive inspeção judicial, para formar sua concepção e deferir ou não a liminar. Trata-se de atitude



acautelatória a favor do requerido, pois o julgador determina a justificação para ter certeza de que a medida tem que ser deferida sem o estabelecimento do contraditório.

Já a caução é a garantia real ou fidejussória ofertada pelo autor, espontaneamente ou mediante ordem do julgador, como garantia de cobrir os possíveis prejuízos que a medida pode ocasionar ao requerido (32). Como diz Calamandrei:

"... a caução funciona, pois, em qualidade de cautela da cautela, ou como se diz autorizadamente, da contracautela; enquanto a providência cautelar serve para prevenir os danos que poderiam nascer do retardamento da providência principal (...) a caução que acompanha a medida cautelar serve para assegurar o ressarcimento dos danos que poderiam causar-se a parte contrária pela excessiva celeridade da providência cautelar, e deste modo restabelece o equilíbrio entre as duas exigências discordantes" (33)

Trata-se de garantia a ser prestada pelo autor, diferentemente, portanto, da caução aplicada por força do princípio da fungibilidade (art. 805), que deve ser prestada pelo sujeito passivo da relação jurídica processual (34). Tal caução será efetiva mediante mera lavratura de termo, que poderá ser impugnada, posteriormente, dentro dos próprios autos, pelo requerido por insuficiente ou inidônea. A caução deverá ser substituída sempre que se verificar que não é suficiente para assegurar a parte adversa; não basta a existência da caução para a garantia da isonomia processual, indispensável é que esta atinja os objetivos de sua existência. (35)

Essa caução é medida de segurança para o réu que poderá, caso ocorrer qualquer das hipóteses contidas no art. 811 do Código, usá-la para cobrar do requerente os prejuízos causados (36).

Como o ressarcimento ou a indenização será apurada em processo de cognição, via de regra dentro da lide cautelar (§ único, art. 811), deverá a caução permanecer vinculada ao processo até o adimplemento total da obrigação. É permitida a substituição do bem ou da coisa caucionada a requerimento do caucionante desde que o réu, ora credor, concorde com ela ou que discorde sem justificativa convincente.



Não existe a exigência legal da caução ter que ser dada em dinheiro (muito pelo contrário aplica-se na espécie, tranqüilamente, o art. 827 do Código, que reza: "Quando a lei não determinar a espécie de caução, esta poderá ser prestada mediante depósito em dinheiro, papéis de crédito, títulos da União ou dos Estados, pedras e metais preciosos, hipoteca, penhor e fiança") sendo que a única exigência que se faz é que ela seja idônea (37). Nem há que se falar que deva obedecer a ordem de nomeação do art. 655 do CPC, eis que se trata de garantia e não ainda de processo expropriatório ; todavia, é evidente que se a caução se transformar em garantia de juízo executório por virtude de improcedência da demanda cautelar, poderá esta ser substituída por qualquer bem que esteja em ordem preferencial do artigo recém citado.

A caução, enquanto contracautela tem cunho securitário para prevenir perigo em sentido reverso e como tal deve ser exigida antes do deferimento da medida, todavia, ilegalidade alguma se vislumbra na exigência, inclusive de ofício pelo magistrado, dela após o deferimento da pretensão pleiteada. (38) Isto até pode ser comum, eis que pode ocorrer de após o magistrado deferir a medida verificar outros efeitos da concessão, seja pela manifestação da parte requerida ou não, a justificar a exigência de uma caução, inclusive, podendo condicioná-la a manutenção da liminar (dá-se prazo ao requerente para prestar caução sob pena de revogação da medida).

Registre-se que a contracautela, e aqui fala-se de justificação e caução, não é pressuposto da concessão da medida liminar, o que quer dizer que não deve ser exigida em toda e qualquer hipótese de pleito initio litis (39). Cada caso dirá a possibilidade de ocorrência de dano e, daí, a necessidade de sua exigência. Em tal contexto, ela é um elemento de equilíbrio das exigências processuais (40) (41) , sobre a qual não pode haver desconsideração, mas sim sopesamento, ou seja, exigência mediante a verificação da situação fática.

Por outro lado, estando evidente a sua necessidade frente ao caso fático específico é obrigação do julgador exigí-la, sendo que, se isto inoocorrer e a parte contra quem foi deferida sofrer prejuízo, não tendo o autor como ressarcí-lo (nos termos do art. 811 do CPC), poderá o prejudicado cobrar diretamente, via ação própria, as perdas e danos do Estado, eis que manifesto erro in procedendo, revestido pela negligência. Dita ação por falta de cautela poderá só ser dirigida contra o Estado e nunca contra o magistrado, eis que a responsabilidade objetiva daquele não se confunde com a responsabilidade subjetiva deste,



que aliás só pode ser demandado nos casos dos art. 133, I e II do CPC, e art. 1551, inc. III e art. 1152 do CCiv.

Desta monta, se afirma com tranquilidade que a contracautela não está adstrita a mera discricionariedade do juiz como sustentam alguns, mas sim a vinculação. É ato que embora sujeito a certa subjetividade não encontra propriedades no mero espírito volitivo do julgador em querer ou não exigí-la. A subjetividade para a exigência mais uma vez encontra amparo na razoabilidade e no bom senso, sendo que sempre que se mostrar evidente a sua necessidade, é obrigação, e não faculdade, do magistrado somente deferir a medida inaudita altera parte após efetivada.

As duas espécies de contracautela são plenamente independentes uma da outra, o que quer dizer que o fato de ter ocorrido a justificação prévia não ocasiona impreterivelmente a exigência de caução, assim como por ter se exigido caução não quer dizer que tenha se precedido uma justificação.

8. LIMINARES CONTRA O PODER PÚBLICO

A concessão de medidas cautelares e liminares contra o Poder Público há muito vem sofrendo constantes censuras legislativas calcadas em uma ideologia política ostensiva de reduzir gastos e evitar prejuízos. As normas básicas que regulam a matéria são praticamente a Lei 8.437 de 30 de junho de 1992, a Lei 9.494 de 10 de setembro de 1997, e a atual Medida Provisória 1798-1 de 11 de fevereiro de 1999, que alterou os dispositivos das duas leis citadas.

Em síntese pode-se afirmar que tanto a Lei 8.437/92 quanto a Lei 9.494/97 dirigem-se no sentido de vedar, seja por força de ação cautelar seja por força de tutela antecipada, respectivamente, a liberação de recursos, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagem a servidores da União, dos Estados e do Distrito Federal, e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações. O artigo 2º da MP 1798-1 salienta claramente que, nestes casos, somente será



executada a medida após o seu trânsito em julgado. Com isso, tem-se que não caberia, em tese, nenhum tipo de provimento antecipatório contra o Poder Público.

No entanto, isto não é bem assim. A norma jurídica restritiva não pode ter uma aplicação indiscriminada, sob pena de causar em determinados casos uma injustiça tal capaz de menosprezar todo o Estado de Direito e violar a própria Constituição Federal. Aliás, não são poucos os que julgam estas normas completamente inconstitucionais por vedarem, em última análise, o útil e eficiente acesso à Justiça. A propósito preconiza Marinoni que "o direito de acesso à Justiça, albergado no art. 5º, XXXV, da CF, não quer dizer apenas que todos têm direito a recorrer ao Poder Judiciário, mas também quer significar que todos têm direito à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva (...) Quer isto dizer que, "se o legislador infra constitucional está obrigado, em nome do direito constitucional à adequada tutela jurisdicional, a prever tutelas que, atuando internamente no procedimento, permitam uma efetiva e tempestiva tutela jurisdicional, ele não pode decidir, em contradição com o próprio princípio da efetividade, que o cidadão somente tem direito à tutela efetiva e tempestiva contra o particular. Dizer que não há direito à tutela antecipatória contra a Fazenda Pública em caso de 'fundado receio de dano' é o mesmo que afirmar que o direito do cidadão pode ser lesado quando a Fazenda Pública é ré" (42)

Da mesma forma Carreira Alvim (43) firma sua convicção a respeito do tema: "Dispondo o art. 5º, XXXV, da Constituição que à lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, essa norma de superdireito impede que a lei ordinária (ou medida provisória) imponha restrições ao exercício da jurisdição, quando a proibição de liminares possa comprometer a integridade dos direitos subjetivos, expondo seus titulares ao perigo de lesão grave, ou de difícil, ou incerta reparação. A garantia constitucional desdobra-se em duas espécies de tutela: a definitiva e a provisória (ou temporária), cada qual fundada em pressupostos próprios, sem o que o acesso à Justiça não seria completo. O preceito constitucional não alcança apenas a proibição de acesso à Justiça, em termos absolutos, mas toda restrição que relativa, que limite esse acesso, tornando-o insuficiente para garantir, na prática, ao jurisdicionado, a necessária proteção ao seu direito. Assim, qualquer limitação ao exercício do direito de ação, pelo particular, e ao dever de (prestar) jurisdição, pelo Estado, deve ser afastada, in concreto, sempre que importe transgressão ao sistema de defesa dos direitos, agasalhado pela Constituição. A função da lei ordinária, no campo processual, é a de



disciplinar esse sistema, não dispondo de eficácia jurídica para, sob o pretexto de fazê-lo, neutralizá-lo na sua essência".

No que concerne a aplicabilidade e constitucionalidade das normas restritivas sob exame, cumpre lembrar que o próprio Supremo Tribunal Federal, já decidiu que a limitação de "tutelas antecipadas" é matéria que merece ser encaradas com certa distância e deve ser interpretada, conforme o caso e sobre o prisma da justiça e razoabilidade a ponto de não se tornar fator impeditivo ao direito constitucional de acesso à Justiça, considerado em sentido lato. Quando proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade de tal Lei 8.437 /92 perante o Supremo, este rejeitou-a, no entanto, salientou 'que tal rejeição "não prejudica o exame judicial em cada caso concreto de constitucionalidade, incluída a razoabilidade, da aplicação da norma proibitiva da liminar" (ADIN 233 -DF, Liminar, Pleno, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, ac. 05.04.90, RTJ, 132/572). Vale dizer: se, nas particularidades do caso concreto a falta da cautelar in limine representar denegação de justiça ou inutilização da tutela jurisdicional definitiva, caberá ao juiz, malgrado a L. 8.437, tomar a medida liminar indispensável.' (44)

Neste diapasão, então, inúmeras decisões estão sendo proferidas no sentido de antecipar a tutela ou conceder liminar contra o Poder Público, e isto nada de novo apresenta nem sequer causa perplexidade, na medida que para não se aplicar uma norma, não é preciso que ela seja inconstitucional, bastando, tão somente, que existam outras normas, princípios ou valores superiores que a ela se sobreponham, não sendo razoável, então, aplicá-la em prejuízo destes. Um belo exemplo disto é o julgado a seguir transcrito:

"MEDIDA CAUTELAR – LIMINAR – DEFERIMENTO INAUDITA ALTERA PARS – ADMISSIBILIDADE – PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO – EXCEPCIONALIDADE – Justifica-se a concessão da medida liminar sem audiência da parte contrária sempre que, a par de prova inequívoca, aliada à plausibilidade jurídica do alegado na inicial, houver perigo de dano irreversível para o requerente caso a medida não seja deferida de imediato. As restrições legais ao poder cautelar do Juiz, dentre as quais sobreleva a vedação de liminares contra atos do Poder Público (art. 1º da Lei nº 8.437/92), consoante orientação do STF (RTJ – 132/571), devem ser interpretadas mediante um controle de razoabilidade da proibição imposta, a ser efetuado em cada caso concreto, evitando-se o abuso das limitações e a conseqüente afronta à plenitude da jurisdição do poder judiciário. Agravo



de Instrumento – Cautelar Inominada – Liminar determinando ao estado o fornecimento de medicamentos a paciente de AIDS – Imprescindibilidade da medida – Recurso desprovido. O fato de necessitar o agravado, pessoa pobre e doente de AIDS, de tratamento inadiável, disponível no mercado e que se revela essencial à preservação de sua própria vida, aliado ao impostergável dever do estado de assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde (art. 6º e 196, da CF/88), justifica a concessão de liminar impondo ao ente público a obrigação de fornecer os medicamentos capazes de evitar -lhe a morte. (TJSC – AI 97.002945-4 – 3ª C.C. – Rel. Des. Eder Graf – j. 10.06.1997)

Da mesma maneira, não conhecendo as disposições restritivas porque gerariam situações bisonhas (45), os tribunais vem decidindo reiteradamente, como por exemplo:

"Agravo de Instrumento interposto contra decisão que deferiu tutela jurisdicional antecipada em ação ordinária visando ao cômputo do tempo de serviço público prestado sob o pálio da legislação consolidada para fins de percepção da gratificação de anuênios. Presença dos pressupostos do art. 273 do CPC: prova inequívoca do receio de dano de difícil reparação consubstanciado na situação crítica por que passa o funcionalismo público e pelo caráter alimentar dos valores reclamados. Declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Tribunal pleno do art. 7º, I, da Lei 8.162/91 (AL 25.061 -RN)" (46)

O direito é um conjunto de valores e por mais que os Poderes Executivo e Legislativo insistam em dispor vedações a antecipações de tutela, por qualquer via que seja, jamais estará o Poder Judiciário adstrito a tais normas se vislumbrar valores, normas ou princípios outros que a ela se sobreponham. A própria Carta Federal dá respaldo a este tipo de concepção na medida que estipulou a independência dos Poderes. Com um Poder Judiciário desvinculado e a-político, adstrito apenas aos interesses da Justiça e a manutenção de um Estado Democrático de Direito, sempre visualizando as garantias Constitucionais positivadas, não se pode aplicar indiscriminadamente este tipo de vedação à tutelas jurisdicionais, eis que, em determinadas situações, somente com essas se completa a prestação jurisdicional e permite-se o efetivo acesso à Justiça.

NOTAS

1. O mais correto seria denominar-se "tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito"

2. Neste sentido TJSC, 4ª. Câmara Cível: "Agravo de Instrumento – Antecipação de Tutela e Medida Cautelar – Revisão contratual, Nulidade de negócio jurídico e repetição de indébito – Diversamente do que ocorre nas medidas cautelares – que, tecnicamente, não podem satisfazer o direito -, na tutela antecipada há nítido caráter satisfativo, porquanto o autor não



pretende simplesmente evitar os prejuízos advindos da demora, mas, desde logo, obter a satisfação do direito reclamado, ainda que provisoriamente. Não se confunde ela, portanto, com o poder geral de cautela. E, por revestir-se de excepcionalidade, exige do magistrado especial cuidado, devendo adotar criteriosa avaliação dos interesses em jogo. "A tutela antecipatória do art. 273 do CPC, deferida em ação de conhecimento, tem como característica, a antecipação do resultado que somente seria alcançado com a decisão de mérito transitada em julgado. Se a liminar contiver decisão que apenas garanta o resultado final da lide, de tutela antecipada não se trata, mas sim, de tutela cautelar. (AGI 96 .005456-1, Rel. Des. Nelson S. Martins)." (TJSC – AI 96.007287-0. Rel. Des. Francisco Borges. j. 31.10.96)

3. Como bem salienta Luiz Guilherme Marinoni, a tutela antecipatória realiza o direito mediante cognição sumária, enquanto a tutela cautelar apenas assegura a viabilidade da realização do direito. (Efetividade do processo e tutela de urgência, p. 54). Enquanto naquele se pede o bem da vida, neste só se garante a utilidade e eficácia da prestação jurisdicional que entregará tal pretensão pleiteada, bem da vida, caso procedente a ação.

Por outro lado, com precisão também, o mestre gaúcho Adroaldo Furtado Fabrício ressalta de pronto: "Ao passo que a função cautelar se exaure na assecuração do resultado prático de outro pedido, sem solucionar sequer provi soriamente as questões pertinentes ao mérito deste, a antecipação da tutela pressupõe necessariamente uma solução, no sentido de tomada a posição do Juiz, ainda que sem compromisso definitivo, relativamente à postulação do autor no que se costuma denominar "processo principal" (no caso, o único existente). Em sede cautelar, certamente se faz algum exame dessa pretensão, mas com o fito único de apurar se ela é plausível (presença do fumus boni juris) e se a demora inerente à atividade processual pode pôr e m risco o resultado prático (periculum in mora). Não assim na hipótese de antecipação da tutela: aí, o sopeso da probabilidade de sucesso da postulação "principal" (e única) se faz para outorgar desde logo ao postulante o bem da vida que, a não ser assim, só lhe poderia ser atribuído pela sentença final." (Breves notas sobre procedimentos Antecipatórios, Cautelares e Liminares. Revista da Ajuris, nº. 66, p.16).

Para se discernir se estamos diante de um caso de tutela cautelar ou antecipatória fazemo -nos a seguinte pergunta: A tutela que se busca através do pedido é o bem da vida ou mera medida para propiciar que este seja entregue de forma útil ? Se a resposta for condizente com a primeira hipótese estaremos diante de uma pretensão de tutela antecipatória; se estiver de acordo com a segunda, por evidente, que tratar -se-á de pleito cautelar.

De outro lado, convém salientar que para a concessão da tutela antecipada requer -se prova muito mais robusta e expressiva do que a exigível no processo cautelar. A dife rença dos graus de exigibilidade é evidente, pois enquanto num requer -se tão somente a garantia, a segurança, noutro espera -se verdadeiramente o adiamento do bem da vida pretendido.

4. As ações cautelares não operam no plano da satisfatividade, senão no da provisoriedade, com o objetivo precípuo de assegurar o resultado útil da demanda principal, preservando a futura execução dos efeitos invariavelmente nefastos da demora na entrega da tutela jurisdicional. Asseguram elas a efetividade do direito recla mado, mas não conferem esse direito, desde logo e por antecipação, ao seu autor. Assim, estranha lhes é a realização do próprio direito invocado e, portanto, qualquer caráter de satisfatividade, sob pena de atribuir -se aos provimentos acautelatórios natureza de irreversibilidade, privando a parte contrária, de modo definitivo, do bem ou direito, sem, ao menos, a garantia do contraditório. (TJSC -AI 96.010900-5. Rel. Des. Trindade Santos. – J. 24.06.97.) Não se admite a ação tipicamente cautelar que revele c aráter satisfativo, não deixando espaço para a ação principal.

5. TJSC, 2ª. C. Cível: AI 96.006276 -9. Rel. Des. Nelson Schaefer Martins. j. 24.09.96

6. Athos Gusmão Carneiro. Liminares na Segurança Individual e Coletiva, Revista da Associação dos Juizes Federais, mar/jun de 1992.

7. Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares. Revista da Ajuris nº. 66, p. 13. Porto Alegre/RS.

8. Antonio Vidal Ramos de Vasconcelos. Revista Jurídica n º . 221, p. 5.

9. Humberto Theodoro Júnior. Processo Cautelar, p. 137.

10. Se a ação cautelar requer os dois requisitos para a "possibilidade jurídica da demanda", evidente que o pedido de antecipação dos seus efeitos (liminar) não poderia ser concebido sem a presença deles.

11. Neste sentido TARGS, 6ª. C. Cível: Medida Cautelar. Lesão Grave e de Difícil Reparação. Liminar. Cassação. Busca e Apreensão. – Liminar. Sua concessão, em qualquer feito, exige ponderada reflexão e suporte em prova idônea, eis constituir verdadeira antecipação da tutela jurisdicional. Não sendo a prova inicial de molde a embasar convicção provisória sobre periculum in mora e fumus boni juris, correta a decisão denegatória da liminar. Agravo improvido. (AGI 189.073.083. Rel. Juiz Ruy Armando Gessinger. j. 21.09.1989)

12. Salienta com propriedade Frederico Marques: "Para conceder liminarmente a medida cautelar inaudita altera parte deve o Juiz proceder com prudência e cuidado; todavia, não lhe é dado esquecer que da antecipação e rapidez depende quase sempre o resultado eficaz da medida cautelar" (Manual de Direito Processual Civil., p. 369).

13. Neste Sentido STF: "Ação Direta de Inconstitucionalidade – Cautelar – Inocorrência cumulativa dos pressupostos para a concessão da medida liminar – Suspensão Cautelar indeferida – A concessão de medida cautelar, em sede de controle normativo abstrato, pressupõe a necessária ocorrência dos requisitos concernentes ao "fumus boni juris" e ao "periculum in mora". Por mais relevante que seja a plausibilidade jurídica do tema versado na ação direta, a sua isolada configuração não basta para justificar a suspensão provisória de eficácia do ato estatal impugnado, se inócurren te o "periculum in mora" ou, quando menos, a conveniência da medida cautelar postulada." (ADI 612 (MC) – RJ. Rel. Min. Celso de Mello. DJU 26.03.93)

14. Neste sentido TARGS, 5ª. C. Cível: "Medida Cautelar. Requisito Legal . Liminar Finalidade. Distinção – Agravo de instrumento. Ação cautelar de arresto. A ação cautelar protege situação de perigo e tem como requisitos o "per iculum in mora"



- e o "fumus boni iuris". Já, a medida liminar protege situação de urgência. Sem a prova da urgência, não há porque se conceder a liminar pleiteada. Agravo desprovido." (AGI 193.166.063. Rel. Juiz Silvestre Jasson Ayres Torres. j. 28.10.1993)
15. Victor A. A. Bomfim Marins. Tutela Cautelar. Teoria Geral e Poder Geral de Cautela, p.110.
 16. Ronaldo Cunha Campos. Estudos de Direito Processual, p. 132.
 17. Willard de Castro Villar. Medidas Cautelares, p. 59.
 18. Enrico Túlio Liebman. Manuale di Diritto Processuale Civile, vol. I., p. 92.
 19. Galeno Lacerda. Comentários ao Código de Processo Civil, p. 295.
 20. Lopes da Costa. Medidas Preventivas, p. 14.
 21. TJRGS, 3ª. C.Cível: APC 24.689. Rel. Des. Antonio Amaral Braga. Boletim ADCOAS 33, ano VIII, Ementa 43.614.
 22. Humberto Theodoro Júnior. Processo Cautelar, p. 77.
 23. Ovídio Baptista da Silva. As Ações Cautelares e o Novo Processo Civil, p. 28.
 24. Athos Gusmão Carneiro. Liminares na Segurança Individual e Coletiva, Revista da Associação dos Juizes Federais, mar/jun de 1992.
 25. Direito invocado é aquele direito de receber a justa prestação jurisdicional no processo principal, sendo esta útil e eficaz, uma vez que se vislumbra sumariamente que a parte a isto faz jus.
 26. Ovídio Baptista da Silva. Do Processo Cautelar, p. 69.
 27. Luiz Guilherme Marinoni. Efetividade do Processo e Tutela de Urgência, p. 17.
 28. Manoel Antônio Teixeira Filho. As ações cautelares no processo do trabalho, p. 142.
 29. Antonio Vidal Ramos de Vasconcelos. Revista Jurídica n.º. 221, p. 5.
 30. RTJ 140/871.
 31. Enrico Túlio Liebman. Do arbítrio à razão. Reflexões sobre a motivação das sentenças. Revista de Processo n.º. 29, p. 79.
 32. STJ, 3ª. Turma: "Idoneidade da Caução – Controle Judicial – 1. O arbítrio do juiz pode ser abrandado, mas não lhe retira o controle da idoneidade da caução, que repousará na aparência do bom direito, alegada ou provada. 2. Sustação de protesto cambial. O art. 804 deve ser entendido combinadamente com o art. 827, do CPC. (REsp 2.240 – SP. Rel. Min. Gueiros Leite. DJU 20.08.90)
 33. Piero Calamandrei. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, p. 64
 34. Victor A. A. Bomfim Marins. Tutela Cautelar, p. 283.
 35. Neste sentido TJSC, 1.a Câmara Cível: "A contracautela é faculdade adstrita ao prudente arbítrio do magistrado, que deve exercê-la antevendo a repercussão dos efeitos do comando judicial, a fim de que os interesses da parte adversa sejam também preservados (art. 804, do CPC). Trata-se de ato discricionário, onde o julgador aquilata a conveniência da medida em face das pretensões almejadas. Contudo, uma vez exigida, deve a medida atingir o objetivo a que se destina. 2. "Ineficaz é caução fidejussória prestada através de garantia pessoal do próprio requerente da medida cautelar." (Des. Norberto Ungaretti). 3. De acordo com o art. 804 do CPC, ao juiz é dado conceder liminarmente medida cautelar, sem ouvir o réu, caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória. O exame da modalidade e suficiência da caução é posterior e não deve prejudicar ou retardar a execução da medida" (in "Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares, Doutrina e Jurisprudência", Reis Friede, 3ª ed., Editora Forense Universitária, 1996, p. 661). Preliminar – Exigência de caução em dinheiro. Falta de amparo legal. A lei não prevê qual a espécie de caução a ser imposta para concessão de liminar em processo cautelar de Sustação de Protesto." (Agravo de Instrumento nº 96.006767 -1. Rel. Des. Orli Rodrigues. DJ nº 9.691 de 24.03.97).
 36. TARGS, 1ª. C. Cível: "Medida Cautelar Inominada – Ação cautelar inominada. Assim como a concessão de liminar e de caução, como contra cautela, na ação cautelar inominada devem seguir a discricionariedade do juiz, na esteira da prudência, com mais razão, isso deve ocorrer na posterior ampliação da liminar, a vista de ponderações unilaterais do autor. A caução, a luz do art. 804, do CPC, serve para ressarcir os danos que o requerido da cautelar possa vir a sofrer, não propriamente para substituir a liminar. O processo cautelar não tem um fim em si mesmo, pois serve de segurança a eficaz atuação do processo principal. Agravo provido." (AGI 193.004.207. Rel. Juiz Léo Lima. j. 16.03.1993)
 37. Idônea, vale dizer, convincente, apta, capaz de desempenhar determinada função a que se propôs e para qual existe.
 38. Neste Sentido STJ, 3ª. Turma: "Medida Cautelar – Caução Contracautela– Prestação, em curso o procedimento, determinada pelo juiz, em pedido de reconsideração da parte contrária, após deferida liminarmente a medida cautelar. Inexistência de ilegalidade. A exigência de caução como contracautela é ato da discricionariedade do juiz, se recomendável, podendo ocorrer após a concessão da liminar. Mandado de segurança denegado, originariamente." (RMS 539. Rel. Min. Nilson Naves. DJU 17.12.90)



39. Neste sentido STJ, 3ª. Turma: "A jurisprudência do STJ acolhe entendimento no sentido de que não ofende ao disposto na parte final do art. 804 do CPC a decisão que deixa de determinar que o requerente de medida cautelar de sustação de protesto de título cambial preste caução real ou fidejussória, pois que tal preceito encerra uma faculdade. De outro modo, a exigência de caução como contra-cautela é ato de discricção do juiz, mas seu arbítrio pode ser abrandado, sem se lhe retirar o controle da idoneidade da caução. 2. Matéria de prova é insuscetível de reexame em sede de especial. (REsp 33.172 -2 – RJ. Rel. Min. Waldemar Zveiter. DJU 11.10.93)

No mesmo sentido TJSC, 4ª. C. Cível: "Tratando -se a medida cautelar de provimento de urgência, o art. 804 do CPC, faculta ao juiz a concessão de liminar inaudita altera parte ou após justificação prévia. A prestação de contracautela (caução real ou fidejussória) não é condição para o deferimento de medida cautelar. É apenas uma faculdade oferecida ao juiz, dependente de verificação, no caso concreto, da existência de risco bilateral para ambos os litigantes na situação litigiosa cautelar." (AGI. 96.010232-9. Rel. Pedro M. Abreu). Os veículos e as máquinas, objeto de arrendamento mercantil, indispensáveis à atividade industrial ou produtiva da empresa devedora, na iminência de apreensão em ação reintegração de posse, poderão permanecer na posse do arrendatário, na pendência da lide, até o julgamento da causa. (AGI 97.003149 -1. Rel. Des. Pedro Manoel Abreu. j. 26.06.1997)

TJSC, 4ª. C. Cível: "Cautelar. Concessão de liminar. Caução. Inteligência do art. 804 do CPC – Tratando-se a medida cautelar de provimento de urgência, o art. 804 do CPC faculta ao juiz a concessão de liminar inaudita altera parte ou após justificação prévia. A prestação de contracautela (caução real ou fidejussória) não é condição para o deferimento de medida cautelar. É apenas uma faculdade oferecida ao juiz, dependente de verificação, no caso concreto, da existência de risco bilateral para ambos os litigantes na situação litigiosa cautelar." (AGI 96.010721 -5. Rel. Des. Pedro Manoel Abreu. J. 30.04.1997)

40. Antonio Ramos Vidal Vasconcelos. O perfil do processo cautelar. Revista Jurídica nº . 221, p. 5.

41. Neste Sentido TRF 4ª Região, 3ª. Turma: Cautelar para sustação de protesto – garantia exigida para concessão da liminar – legalidade – 1. O juiz pode exigir contracautela para a concessão da liminar (CPC, art. 804). (MS 91.04.13984-4 – RS. Rel. Juiz Fábio Bittencourt da Rosa. DJU 20.05.92) (RJ 181/92)

42. Luiz Guilherme Marinoni. A Antecipação da Tutela, p. 211.

43. José Eduardo Carreira Alvim. Medidas Liminares e Elementos Co -naturais do Sistema de Tutela Jurídica, p. 88.

44. Humberto Theodoro Júnior. Tutela Cautelar e Antecipatória em matéria cautelar. Revista Jurídica nº. 245, p. 5.

45. Neste sentido TJSC, 3ª. C. Cível: "Medida cautelar objetivando obstar exigibilidade do tributo, cuja cobrança tem sido reiteradamente julgada inconstitucional – Admissibilidade, uma vez presentes os pressupostos cautelares do fumus boni iuris e do periculum in mora – Apelação provida – A inadmissibilidade, na concessão de medida cautelar inominada ou da sua liminar, restringe-se às hipóteses do art. 1º e parágrafos da Lei 8.437/92, não sendo inviabilizada a medida quando envolva matéria constitucional já por demais enfrentada e decidida nos Pretórios (AI 1.536. Rel. Des. Eder Graf), uma vez presentes os pressupostos do fumus boni iuris e do periculum in mora." (APC 50.353. Rel. Des. Anselmo Cerello. DJU 06.12.1995)

46. TRF da 5ª Região, 3ª. Turma: AGI. 507119 -CE. Rel. Juiz Rivaldo Costa. DJ de 21.03.97.